

## SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA

DÁMASA RUIZ-JARABOJA COLOMERJA,

predstavljeni 8. novembra 2006<sup>1</sup>

### I – Uvod

nikacijskem sektorju (93/38/EGS z dne 14. junija 1993)<sup>5</sup>.

1. Komisija Evropskih skupnosti je vložila tožbo na podlagi člena 226 ES, da bi Sodišče ugotovilo, da Italijanska republika ni izpolnila obveznosti iz členov 43 ES in 49 ES ter iz direktiv Sveta o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (92/50/EGS z dne 18. junija 1992)<sup>2</sup>, blaga (93/36/EGS z dne 14. junija 1993)<sup>3</sup>, za gradnje (93/37/EGS z dne 14. junija 1993)<sup>4</sup> ter o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomu-

2. Po mnenju Komisije neizpolnitev obveznosti izhaja iz členov 2(1) in (5), 17(12), 27(2), 28(4), 30(6a), 37b in 37c(1) okvirnega zakona o javnih gradnjah (legge quadro in materia di lavori pubblici, zakon št. 109/94 z dne 11. februarja 1994).<sup>6</sup> Tožba temelji na naslednjih očitkih: 1. izključitev mešanih naročil s področja uporabe zakona št. 109/94, če dodatna dela predstavljajo več kot 50 % cene; 2. neposredna dodelitev gradnje in del imetniku gradbenega dovoljenja ali načrta razdelitve zemljišča, če je vrednost teh del nižja od pragov za uporabo Direktive 93/37; 3. način dodelitve nalog projektiranja, vodenja in nadziranja gradnje, katerih vrednosti so nižje od pragov Skupnosti;

1 – Jezik izvirnika: španščina.

2 – UL L 209, str. 1, kot je bila spremenjena z Direktivo 97/52/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. oktobra 1997 (UL L 328, str. 1) in Direktivo Komisije 2001/78/ES z dne 13. septembra 2001 (UL L 285, str. 1); razen člena 41 je bila razveljavljena z učinkom od 31. januarja 2006 z Direktivo 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL L 134, str. 114).

3 – UL L 199, str. 1, tudi spremenjena in nato razveljavljena z direktivami, navedenimi v prejšnji opombi.

4 – UL L 199, str. 54, tudi spremenjena in nato razveljavljena z direktivami, navedenimi v opombi 2.

5 – UL L 199, str. 84, kot je bila spremenjena z direktivama 98/4/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. februarja 1998 (UL L 101, str. 1) in 2001/78, nato razveljavljena z Direktivo 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetskem in transportnem sektorju ter sektorju poštinih storitev (UL L 134, str. 1).

6 – GURI št. 41 z dne 19. februarja 1994, kot je bil večkrat spremenjen.

4. dodelitev vodenja gradnje projektantu, kadar te naloge ne more prevzeti niti naročnik niti drugi javni organ; 5. način dodelitve nalog nadziranja tretjim osebam in 6. sistem podeljevanja koncesij za gradnje, ki se financirajo z zasebnimi sredstvi.

prepoved se uporablja tudi za omejitve pri ustanavljanju agencij, podružnic ali hčerinskih družb državljanov katere koli države članice s sedežem na ozemlju katere koli države članice“.

3. Ti očitki odpirajo dve vprašanji v splošnem interesu, ki ju je treba podrobno preučiti: merila za uporabo pravil Skupnosti o javnih naročilih za mešana naročila ter spoštovanje načel preglednosti in enakega obravnavanja pri dodelitvi naročil, katerih vrednost je nižja od pragov, določenih z direktivami.

5. V členu 49, prvi odstavek, ES je določeno, da se „[v] okviru določb, navedenih v nadaljevanju, [...] omejitve svobode opravljanja storitev v Skupnosti prepovejo za državljane držav članic, ki imajo sedež v eni od držav Skupnosti, vendar ne v državi osebe, ki so ji storitve namenjene“.

## II – Pravni okvir

### 2. Direktive o javnih naročilih

#### A – Skupnostna ureditev

##### 1. Pogodba ES

4. V členu 43, prvi odstavek, ES je določeno, da se „[v] okviru določb, navedenih v nadaljevanju, [...] omejitve glede pravice do ustanavljanja za državljane ene države članice na ozemlju druge države članice prepovejo. Ta

6. Direktive 92/50, 93/36, 93/37 in 93/38 so bile sprejete, da bi se na področju javnih naročil hkrati izvajali svoboda ustanavljanja in svoboda opravljanja storitev, določeni v členih 43 ES in 49 ES. Med vsemi določbami teh direktiv je treba posebno pozornost nameniti pravilom, ki opredeljujejo njihovo področje uporabe in določajo različne pragove izključitve za naročila, katerih ocenjena vrednost je nižja od navedenih zneskov (člen 7 Direktive 92/50, člen 5 Direktive 93/36, člen 6 Direktive 93/37 in člen 14 Direktive 93/38).

7. Na druge konkretne določbe se bom skliceval pri analiziranju razlogov, navedenih v podporo tožbi.

10. Člen 3(3) uredbe-zakona št. 157 z dne 17. marca 1995<sup>8</sup> vsebuje enake določbe za mešana naročila gradenj in storitev ter za naročila storitev, ki predvidevajo dodatna dela.

## B – Italijanska zakonodaja

### 2. Urbanistična dela

8. Zgoraj navedene direktive so bile prenesene v italijanski pravni red z zakonom št. 109/94, kot je bil spremenjen s členom 7 zakona št. 166 z dne 1. avgusta 2002.<sup>7</sup>

#### 1. Mešana naročila

9. Člen 2(1) zakona št. 109/94, ki omejuje obseg pojma javnih gradenj, mednje vključuje gradnjo, rušenje, obnavljanje, preurejanje, prenavljanje in vzdrževanje; področje uporabe zakona širi na mešana naročila gradenj, blaga in storitev ter na naročila blaga ali storitev, ki vključujejo dodatna dela, ocenjena na več kot 50 % cene.

11. Člen 2(5) zakona št. 109/94 s področja uporabe izključuje: a) dela, ki jih neposredno izvajajo posamezniki z odbitkom prispevkov, povezanih z dovoljenji za izvajanje gradbenih dejavnosti; b) dela, ki izhajajo iz obveznosti iz člena 28(5) zakona št. 1150 z dne 17. avgusta 1942<sup>9</sup>, in c) dela, podobna prej naštetim. Če je vrednost, ki se pri več gradnjah ocenjuje individualno, višja od pragov Skupnosti, se naročilo dodeli v skladu z Direktivo 93/37.

12. V zvezi s tem iz členov 1 in 31 zakona št. 1150/42 ter iz členov 3 in 11 zakona št. 10

7 – Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti, GURI št. 181 z dne 3. avgusta 2002.

8 – Attuazione della direttiva 92/50/EGS in materia di appalti pubblici di servizi, GURI št. 104 z dne 6. maja 1995.

9 – Legge urbanistica, GURI št. 244 z dne 16. oktobra 1942.

z dne 28. januarja 1977<sup>10</sup> izhaja, da lahko imetnik dovoljenja sam izvede urbanistična dela, katerih stroške v celoti ali delno odšteje od dolgovanih davkov.

3. Naloge projektiranja, vodenja in nadziranja gradnje pri naročilih, katerih vrednost je nižja od pragov Skupnosti

13. Člen 17(12) zakona št. 109/94 pristojnim organom dovoljuje, da storitve projektiranja in vodenja gradnje, katerih ocenjena vrednost je nižja od 100.000 EUR, dodelijo subjektom iz odstavka 1, točke (d), (e), (f) in (g), potem ko preverijo izkušnje in poklicno usposobljenost izbranega subjekta ter utemeljijo to odločitev.

14. Poleg tega člen 30(6a) navedenega zakona dopušča, da se naloge nadziranja zaupajo tehničnim oddelkom naročnikov ali nadzornih organov iz točke (a) istega odstavka; če pragovi Skupnosti niso doseženi, se lahko te naloge dodelijo osebam, ki uživajo zaupanje naročnika.

4. Vodenje gradnje

15. Če naročniki v primerih iz člena 17(4) ne morejo prevzeti vodenja gradnje, v skladu s členom 27(2) zakona št. 109/94 to nalogo zaupajo po vrsti: 1. drugim javnim organom; 2. projektantu, zadolženemu za projekt v smislu člena 17(4), ali 3. drugim subjektom, izbranim v skladu z nacionalnimi predpisi.

5. Dejavnosti nadzora

16. Na podlagi člena 28(4) zakona št. 109/94 se naloge nadzora zaupajo enemu, dvema ali trem visokokvalificiranim tehnikom na posameznem področju, glede na vrsto, zahtevnost in vrednost gradnje; naročniki jih imenujejo znotraj svojih struktur, razen če vodja postopka ugotovi in potrdi pomanjkanje osebja.

17. Ta pravila mora dopolnjevati člen 188 uredbe predsednika Republike št. 554 z dne 21. decembra 1999<sup>11</sup>, s katero se izvaja zakon

10 – Norme per la edificabilità dei suoli, GURI št. 27 z dne 29. januarja 1977.

11 – Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994 n. 109 e successive modificazioni, GURI št. 98 z dne 28. aprila 2000.

št. 109/94. Iz odstavkov 1, 3, 8, 9, 11, 12 in 13 navedene določbe izhaja, da naročnik v tridesetih dneh od zaključka gradnje zaupa naloge nadziranja svojim sodelavcem glede na vrsto, kategorijo, zahtevnost in vrednost del ter na podlagi predhodno določenih meril; če nihče ne izpolnjuje zahtevanih pogojev, se vključijo zunanji strokovnjaki, navedeni na seznamih Ministero dei Lavori Pubblici (ministrstvo za javna dela), regij in avtonomnih pokrajin. Naročnik določi strokovnjaka(-e), ki izpolnjuje(-jo) zahtevane pogoje in ima(-jo) diplomo vsaj deset let – za gradnje, katerih vrednost je enaka ali višja od 5.000.000 EUR, ali gradnje, ki obsegajo strukturna dela – ali vsaj pet let – za gradnje, katerih vrednost je nižja od 1.000.000 EUR; za te strokovnjake veljajo različne prepovedi. Če seznam ne obstaja, lahko naročnik na podlagi diskrecijske pravice zadevne naloge dodeli katerikoli osebi, ki izpolnjuje predvidene pogoje.

6. Gradnje, ki se financirajo z zasebnimi sredstvi

18. Členi 37a, 37b in 37c zakona št. 109/94 obravnavajo dodelitev javnih gradenj, ki jih v celoti ali deloma financirajo zasebniki.

19. Člen 37a tem osebam dovoljuje, da naročnikom predložijo predloge za izvedbo javnih gradenj ali gradenj v javnem interesu ter podpišejo ustrezne pogodbe, ki določajo financiranje in vodenje gradnje; naročnik dovolj zgodaj objavi informativno obvestilo.

20. Člen 37b opisuje postopek izbire promotorja. Prvič, predlogi se ocenijo z različnih vidikov: gradnja, urbanizem, okolje, kakovost projekta, funkcionalnost, namembnost, dostopnost javnosti, donosnost, stroški upravljanja in vzdrževanja, trajanje koncesije, roki za izvedbo del, veljavne takse, način revizije taks in ekonomska vrednost načrtov. Potem ko se naročnik prepriča, da nič ne preprečuje izvedbe predloga, in zasliši promotorja, če ta to želi, izbere predlog, ki se mu zdi v javnem interesu; v tem primeru v skladu s členom 37c(1) izvede omejeni postopek, da pridobi še dve ponudbi. Koncesija se dodeli s postopkom s pogajanjem, med katerim se preučijo promotorjev predlog in še dve drugi ponudbi, pri čemer se na podlagi člena 37b *in fine* naročilo dodeli promotorju, ki svoj predlog med postopkom prilagodi spremembam, ki jih zahteva naročnik.

**III – Predhodni postopek**

21. Komisija je, potem ko je prejela več pritožb v zvezi z učinki zakona št. 109/94 in se seznanila z osnutkom spremembe tega zakona, 12. aprila 2002 pisala italijanskim organom in navedla, da nekatere določbe tega zakona niso združljive s pravom Skupnosti.

22. Italijanska republika je v dopisu z dne 17. junija 2002 in na sestanku v Rimu 23. julija istega leta izjavila, da je pripravljena ustrezno spremeniti zakon št. 109/94.

23. Komisija je po sprejetju zadevne reforme z zakonom št. 166/2002 menila, da so nekatere določbe navedenega zakona v nasprotju s pravnim redom Skupnosti. 19. decembra 2002 je Italijanski republiki poslala pisni opomin. Ker ni bila zadovoljna s prejetim odgovorom, je 15. oktobra 2003 tej državi članici poslala obrazloženo mnenje, preden je na podlagi člena 226 ES pri Sodišču vložila tožbo zaradi neizpolnitve obveznosti.

**IV – Postopek pred Sodiščem**

24. Namen tožbe, ki je bila vpisana 24. septembra 2004, je ugotoviti, da Italijanska republika s tem, da je sprejela določbe iz členov 2(1), 17(12), 27(2), 30(6a), 37b in 37c(1) zakona št. 109/94, ki je bil nazadnje spremenjen s členom 7 zakona št. 166/2002; člena 2(5) zakona št. 109/94, ki je bil nazadnje spremenjen s povezanimi določbami zakonov št. 166/2002, 1150/42 in 10/77, ki so bili naknadno spremenjeni in dopolnjeni; člena 28(4) zakona št. 109/94 v povezavi s členom 188 uredbe predsednika Republike št. 554/99, členom 7 zgoraj navedenega zakona št. 166/2002 in členom 3(3) uredbe zakona št. 157/95, ni izpolnila svojih obveznosti iz Direktiv 93/37, 93/36, 92/50 in 93/38, členov 43 ES in 49 ES ter načel preglednosti in enakega obravnavanja, ki izhajata iz teh členov. Komisija tudi predlaga, naj se Italijanski republiki naloži plačilo stroškov.

25. Tožena stranka je v odgovoru na tožbo, vloženem 16. decembra 2004, pozvala Komisijo, naj odstopi od tožbe, ter podredno predlagala Sodišču, naj ugotovi skladnost sprememb italijanske zakonodaje, kritizirane v obrazloženem mnenju, in zavrne očitke, ki se nanašajo na „člen 2(5) zakona št. 109/94“.

26. Replika je bila vložena 26. januarja 2005, različnih vrst<sup>13</sup>, da bi se lažje uresničevali cilji  
duplika pa 16. marca 2005. pogodbenih strank.

27. Predsednik Sodišča je s sklepom z dne 6. aprila 2004 Kraljevini Nizozemski – ki je stališča vložila 14. julija 2005 – in Republiki Finski – ki je stališča vložila 18. julija 2005 – dovolil intervencijo v podporo predlogom Italijanske republike<sup>12</sup>, ki je stališča o teh intervencijah vložila 14. septembra 2005.

28. Po zaključku pisnega postopka ni nobena stranka zahtevala predstavitve ustnih stališč in 11. julija 2006 je bila zadeva primerna za pripravo teh sklepnih predlogov.

30. Obstajajo številne mogoče kombinacije glede na vsebino obveznosti<sup>14</sup>, saj se lahko zgodi, da pravni posel vsebuje več teh, da obstaja več predmetov in da v tem primeru vsak zajema različne storitve.

31. Glavna težava je opredeliti določbe, ki se uporabljajo in od katerih so odvisni določeni učinki, kot je uporaba strožjega postopka ali izključitev nekaterih ponudnikov.

## V – Mešana naročila

32. Ta opredelitev se lahko opravi na podlagi merila kombinacije, tako da se določbe različnega izvora uporabijo za elemente istega naročila, ali na podlagi merila absorp-

29. Svoboda volje omogoča pojav novih pogodbenih oblik, ki združujejo elemente

12 – Tudi Francoski republiki je bila dovoljena intervencija, vendar ni predložila stališč.

13 – Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, izd. Ariel, Barcelona, 1994, str. 456, meni, da se vrsta kot način mišljenja uporablja „za natančnejše označevanje nekaterih vrst pravnih razmerij ter posebej nekaterih vrst subjektivnih pravic in pogodbenih obligacijskih razmerij“.

14 – Moreno Molina, J. A., in Pleite Guadamillas, F., *El nuevo reglamento de contratación de las administraciones públicas (Repercusión práctica, novedades, concordancias y formularios adaptados)*, izd. La Ley, Madrid, 2002, str. 36, poudarjata, da te pogodbe ponujajo bogate in zapletene primere.

cije, tako da se upošteva ureditev naročila, katerega del je prevladujoči element.<sup>15</sup>

– javno naročilo, katerega predmet je dobava proizvodov in kot dodatno namestitvena in inštalacijska dela, pokriva Direktiva 93/36<sup>17</sup>;

33. Prvo merilo poudarja posebnost vsake vrste, vendar se ob upoštevanju hudih težav, ki jih prinaša, običajno ne uporablja, razen na primer za naročila, ki pod formalnim enotnim videzom vsebujejo več različnih pogodbenih vrst.

– javno naročilo, katerega predmet so storitve, vključuje pa tudi dodatna dela, pokriva Direktiva 92/50<sup>18</sup>;

34. Drugo merilo se običajno uporablja v bolj zapletenih položajih, kakršni so izrecno predvideni v direktivah in temeljijo na predmetu naročila:

– javno naročilo, katerega predmet je koncesija za javne gradnje, pokrivajo posebni predpisi o oglaševanju, navedeni v Direktivi 93/37<sup>19</sup>.

35. Poleg tega Direktiva 92/50 določa, da če isto naročilo vključuje storitve iz Priloge II A in Priloge II B, vrednost teh storitev določa pravila za oddajo naročila, ki se uporabijo<sup>20</sup> (člen 10)<sup>21</sup>. Direktiva 93/38 vsebuje podobno določbo (člen 17).

– javno naročilo, katerega predmet so skupaj proizvodi in storitve, pokriva Direktiva 92/50, če vrednost zadevnih storitev presega vrednost tistih proizvodov, ki so zajeti v naročilu<sup>16</sup>;

17 – Člen 1(2)(c), drugi pododstavek, Direktive 2004/18.

18 – Člen 1(2)(d), tretji pododstavek, Direktive 2004/18.

19 – Člen 1(3) in naslov 3 (členi od 56 do 65) Direktive 2004/18.

20 – Generalni pravobranilec Mischo je v točkah od 31 do 36 sklepnih predlogov v zadevi Felix Swoboda (sodba z dne 14. novembra 2002, C-411/00, Recueil, str. I-10567) razlikoval med tem primerom, v katerem so določbe, ki se uporabljajo, opredeljene v sami direktivi, in prejšnjimi primeri, v katerih je navedena prav zadevna direktiva. Sodišče je z istega vidika v sodbi poudarilo, da Direktiva 92/50 „ponuja enopomensko merilo za opredelitev ureditve, ki se uporablja za naročilo, sestavljeno iz različnih storitev“, ki temelji na njihovi vrednosti (točka 52), in zavrnilo, da bi se oprlo na „glavni predmet naročila“ (točka 49).

21 – Člen 22 Direktive 2004/18.

15 – García Macho, R., *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas y a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales*, izd. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, str. 91.

16 – Člen 1(2)(d), drugi pododstavek, Direktive 2004/18.

36. Vendar te različne možnosti ne izčrpajo vseh predvidenih možnosti, tako da mora nacionalni zakonodajalec zaradi pomanjkljivosti direktiv, ki ne določajo niti skupnega okvira za vsa javna naročila<sup>22</sup>, natančneje določiti ureditev drugih vrst mešanih naročil, za kar razpolaga s široko diskrecijsko pravico, ki jo omejujejo direktive in Pogodba.

blaga in izvedbo gradnje<sup>25</sup>, razsodilo, da ni treba dati prednosti tej gradnji, kadar ima dodaten značaj, čeprav bi nacionalno sodišče moralo presoditi to okoliščino (točke od 26 do 29). Vseeno je treba to stališče popraviti, saj ureditev, ki se uporablja, ni odvisna od opredelitve gradnje ali del kot „dodatnih“ [uvodna izjava 16 Direktive 92/50 in člen 1(a) *in fine* Direktive 93/36]. Zato je treba to sodbo razumeti tako, da dodatne obveznosti ne morejo določati predpisov, ki se uporabijo in jih je treba opredeliti na podlagi merila prevlade.<sup>26</sup>

37. Treba je poudariti, da direktive temeljijo na glavnem predmetu naročila, in kadar je ta predmet sestavljen iz več elementov ali vključuje več storitev, na tistih, katerih vrednost je najvišja. Z uporabo teh dveh meril je mogoče opredeliti stvarno področje uporabe direktiv.

38. Glavni predmet je namreč osrednji element, ki ga določa pogodba.<sup>23</sup> Sodišče je tako v sodbi z dne 19. aprila 1994 v zadevi *Gestión Hotelera Internacional*<sup>24</sup>, ko je preučevalo pogodbo, ki je hkrati zadevala prenos

39. Vrednost storitev se zdi glede na temeljno funkcijo, ki jo opravlja – vključiti javno naročilo na področje uporabe direktiv ali ne – objektivno merilo, ki se ga ne sme zanemariti pri opredelitvi predmeta ali glavne storitve. Sodišče je v tem smislu v sodbi z dne 18. novembra 1999 v zadevi *Teckal*<sup>27</sup>, ko je *a contrario* razlagalo člen 2 Direktive 92/50, razsodilo, da javno naročilo, katerega predmet so hkrati proizvodi

22 – Kljub temu, kar določajo nacionalna civilna prava. Messineo, F., *Doctrina general del contrato*, zvezek I, izd. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1985, str. 382, ki vprašanje obravnava z vidika te pravne veje, navaja člen 1323 italijanskega civilnega zakonika, ki določa, da za „vse pogodbe, tudi tiste, ki ne spadajo v poseben sistem, veljajo splošne določbe iz tega naslova“ (naslov II knjige o obligacijskem pravu).

23 – Člen 1(a) direktiv 93/36 in 93/37; člen 1, točka 4, Direktive 93/38; druga uvodna izjava in člen 1(2) Direktive 2004/18.

24 – C-331/92, Recueil, str. I-1329.

25 – Generalni pravobranilec Lenz je v točki 19 sklepnih predlogov v tej zadevi menil, da to vprašanje za predhodno odločanje zadeva dodeljevanje koncesij za odprtje in poslovanje igralnice ter poslovanje hotela, kar zajema obveznost izvedbe preureditvenih del.

26 – Greco, G., „Contratti ‚misti‘ e appalti comunitari“, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, str. 1265, trdi, da je merilo prevlade najprimernejše za opredelitev ureditve, ki se uporablja v večini primerov mešanih naročil, ker merilo, ki se nanaša na dodaten značaj storitev, zelo pogosto ni zadostno.

27 – C-107/98, Recueil, str. I-8121.

in storitve, urejajo določbe, ki se uporabljajo za proizvode, če je „vrednost“ proizvodov večja od vrednosti storitev (točka 38), kar je Sodišče potrdilo v sodbi z dne 11. maja 2006 v zadevi Carbotermo et Consorzio Alisei<sup>28</sup> (točki 31 in 47).

## **VI – Načela prava Skupnosti, ki se uporabljajo za izključena naročila**

### *A – Tožba zaradi neizpolnitve obveznosti zaradi kršitve načel prava Skupnosti*

40. Iz člena 10 ES izhaja, da pripadnost Skupnosti vsebuje dve obveznosti za države, ki so njene članice: pozitivna obveznost je, da „sprejemajo vse ustrezne ukrepe, splošne ali posebne, da bi zagotovile izpolnjevanje obveznosti, ki izhajajo“ iz Pogodbe ali „so posledica ukrepov institucij“, negativna obveznost pa je, da se vzdržijo „vseh ukrepov, ki bi lahko ogrozili doseganje ciljev“, ki jih zasledujejo. Člena 226 ES in 227 ES dovoljujeta Komisiji in državam članicam, da predložijo zadevo Sodišču, če menijo, da ena od držav ni izpolnila teh obveznosti.

41. Zato ima tožba zaradi neizpolnitve obveznosti zaradi kršitve pravnega reda Skupnosti široko stvarno področje uporabe, saj ne zadeva samo kategorije sekundarnega prava, znotraj katere so direktive idealne za to vrsto postopkov.

42. Tako je razumljivo, da tožeča stranka ni navedla neskladnosti italijanskih predpisov z nekaterimi določbami direktiv o javnih naročilih in se je samo osredotočila na ugotovitev kršitev načel prava Skupnosti, ki izhajajo iz členov 43 ES in 49 ES.

43. Komisija, ki izhaja iz ugotovitve, da se pravna ureditev javnih naročil loči po tem, ali direktive v skladu z nacionalno zakonodajo o prenosu veljajo za ta naročila, namreč opira tožbo na neobstoje izrecne določbe, ki bi zahtevala spoštovanje načel preglednosti in enakega obravnavanja pri dodeljevanju naročil, izključenih zaradi vrednosti.

### *B – Načeli preglednosti in enakega obravnavanja, ki se uporabljata za izključena naročila*

44. V prejšnjih sklepnih predlogih sem trdil, da je lahko razvoj odprte konkurence

<sup>28</sup> – C-340/04, ZOdl., str. I-4137.

na področju javnih naročil učinkovit samo, če so kandidati za oddajo naročila enakovredni, ne da bi kateri od njih užival kakršno koli neupravičeno prednost; v zvezi s tem ni dovolj, da postopek urejajo uravnotežena pravila, ampak mora biti zagotovljeno tudi oglaševanje.<sup>29</sup>

45. Sodišče je že ob drugih priložnostih obravnavalo vprašanje vpliva načel preglednosti in enakega obravnavanja na področju dodeljevanja javnih naročil, ki jih zaradi njihove vrednosti ne pokrivajo niti direktive in posledično niti nacionalni izvedbeni predpisi.

46. Sodišče je v sodbi z dne 7. decembra 2000 v zadevi Telaustria in Telefonadress<sup>30</sup> glede javnih naročil, izključenih iz področja uporabe Direktive 93/38, sklepalo, da morajo „naročniki, ki jih sklenejo, vseeno na splošno spoštovati temeljna pravila Pogodbe in posebej načelo prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva“ (točka 60). V skladu s sodbo z dne 18. novembra 1999 v zadevi

Unitron Scandinavia in 3-S<sup>31</sup> to načelo vključuje „obveznost preglednosti“, ki omogoča zagotavljanje njegovega spoštovanja (točka 31) in v skladu s prvo zgoraj navedeno sodbo zagotavlja „v korist potencialnih pobudnikov [...] ustrezno stopnjo javnosti, ki koncesijo za storitve odpre konkurenci in omogoča nadzor nad tem, ali so bili postopki podelitve izvedeni nepristransko“ (točka 62). Na tej podlagi, kot je Sodišče odločilo v sodbi z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen<sup>32</sup>, popolna neizvedba razpisa „ni združljiva niti z zahtevami iz členov 43 ES in 49 ES niti z načeli enakega obravnavanja, nediskriminacije in preglednosti“ (točka 50), čeprav v skladu s sodbo z dne 21. julija 2005 v zadevi Coname<sup>33</sup> preglednost ne nalaga „obveznosti izvedbe postopka s povabilom k oddaji ponudb“ (točka 21).

47. Ti načeli, ki sta bili potrjeni v nadaljevanju<sup>34</sup>, torej temeljita na razlikovanju med javnimi naročili, ki spadajo na področje uporabe direktiv in za katere veljajo postopki, določeni v teh aktih, ter javnimi naročili, ki so izključena s področij uporabe teh direktiv in za katera veljajo samo temeljna načela<sup>35</sup>.

29 – Točke od 24 do 29 oziroma od 21 do 26 mojih sklepnih predlogov k sodbi z dne 27. novembra 2001 v združenih zadevah Lombardini in Mantovani (C-285/99 in C-286/99, Recueil, str. I-9233) oziroma k sodbi z dne 24. novembra 2005 v zadevi ATI EAC in drugi (C-331/04, ZOdl., str. I-10109).

30 – C-324/98, Recueil, str. I-10745. Sodišče se je v tej sodbi ukvarjalo predvsem z vprašanjem vključitve zadevnega javnega naročila ob upoštevanju njegovega posebnega predmeta – „izdelava in proizvodnja natisnjenih seznamov telefonskih naročnikov, ki se lahko uporabljajo v elektronski obliki (telefonski imeniki)“ (točka 19) – na področje uporabe Direktive 93/38, ne pa Direktive 92/50 (točke od 31 do 40).

31 – C-275/98, Recueil, str. I-8291.

32 – C-458/03, ZOdl., str. I-8585.

33 – C-231/03, ZOdl., str. I-7287.

34 – Glej med drugim sodbo z dne 6. aprila 2006 v zadevi ANAV (C-410/04, ZOdl., str. I-3303, točka 18).

35 – Glej v istem smislu sklep z dne 3. decembra 2001 v zadevi Vestergaard (C-59/00, Recueil, str. I-9505, točke od 19 do 21).

*C – Obseg obveznosti spoštovanja preglednosti in enakosti*

48. Ker je obveznost zagotavljanja preglednosti in enakosti pri dodeljevanju javnih naročil, za katera ne veljajo posebni predpisi, priznana, je treba opredeliti obseg te obveznosti, tako da se preuči, ali jo je treba potrditi v zapisanem pravu.

49. Sodišče v zgoraj navedeni sodbi Coname te negotovosti kljub podrobni analizi, ki jo je generalna pravobranilka Stix-Hackl predstavila v sklepnih predlogih, ni razjasnilo. Vendar bi lahko več zadev, ki sedaj potekajo pred Sodiščem, obudilo to razpravo.<sup>36</sup>

50. V nasprotju s temi zadevami, ki se nanašajo na določena javna naročila, je ta spor širši, zaradi česar je treba upoštevati direktive in Pogodbo.

36 – Zadevi Komisija proti Irski (C-507/03) in Komisija proti Irski (C-532/03), v katerih se tej državi članici očita dodelitev naročil storitev brez vsakršne objave predhodnega obvestila o razpisu; generalna pravobranilka Stix-Hackl je sklepe predloge v teh dveh zadevah predstavila 14. septembra 2006. Glej tudi zadevo Komisija proti Finski (C-195/04), v kateri je obravnava potekala 8. junija 2007 in ki zadeva dodelitev naročila kuhinjske opreme za menze.

1. Sklicevanje na direktive

51. Kot je Sodišče poudarilo v sodbi z dne 11. januarja 2005 v zadevi Stadt Halle in RPL Lochau<sup>37</sup>, je glavni namen pravil Skupnosti na področju javnih naročil ne samo prosti pretok storitev, ampak tudi odprta in neizkrivljena konkurenca v vseh državah članicah (točka 44)<sup>38</sup>.

52. Razčlenitev direktiv vseeno razkriva neobstoj popolne kodifikacije znotraj Evropske unije.<sup>39</sup> Te direktive namreč zadevajo predvsem dodeljevanje naročil – čeprav vplivajo tudi na druge faze, kot je izvršitev naročila –, izključujejo nekatera naročila in nazadnje ne vsebujejo splošnih določb, ki bi se uporabljale za izključena naročila.

53. Omejitev predpisov na pripravo razpisa, postopek in vrste oddaje naročil, ki je razvidna iz naslova direktiv, je utemeljena

37 – C-26/03, ZOdl., str. I-1.

38 – Čeprav te določbe izpolnjujejo druge cilje, kot je zaščita finančnih interesov uprave z nadziranjem cen; García-Trevijano Garnica, J. A., „Disposiciones comunes a los contratos administrativos. En especial, el precio y su revisión“, v *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas*, uredil Pendás, B., izd. Praxis, Barcelona, 1995, str. 258.

39 – Millett, T., „Les marchés publics en droit communautaire“, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, št. 452, oktober–november 2001, št. 630. Piñar Mañas, J. L., v zborniku *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, 2. izdaja, izd. Civitas, Madrid, 2004, str. 79, vseeno ugotavlja, da direktive „odpirajo pot skupnemu sistemu javnih naročil“.

s tem, da gre za faze, ki vplivajo na prosti pretok blaga, svobodo ustanavljanja, svobodo opravljanja storitev in načela, ki izhajajo iz teh svoboščin.

54. Prav tako lahko razumemo izključitev nekaterih naročil zaradi občutljivega predmeta – kot so tajna naročila ali naročila, ki zahtevajo posebne varnostne ukrepe –, ker jih pokrivajo druge direktive, na primer na področju telekomunikacij, ali zaradi vrednosti – ker je ta premajhna.

55. Težje se zdi upravičiti neobstoj predpisov, ki bi bili skupni za vsa javna naročila in bi vsebovali navedbe o enakih možnostih, prepovedi diskriminacije, preglednosti in oglaševanju ter predvidevali ustrezne izjeme<sup>40</sup>, saj bi bile take navedbe v smislu ciljev Skupnosti, ne da bi ustvarjale nepremostljive ovire.

40 – V členu 2 Direktive 2004/18 je določeno, da morajo naročniki „obravnavati gospodarske subjekte enakopravno in nediskriminacijsko ter delovati transparentno“. V členih od 4 do 6 so navedena nekatera pravila, ki veljajo za vsa javna naročila in zadevajo „gospodarsk[e] subjekt[e]“, „pogoj[e] v zvezi s sporazumi, sklenjenimi v okviru Svetovne trgovinske organizacije“, in „zaupnost“; vendar se v skladu s členom 7 te določbe in tudi drugih členov Direktive nanašajo samo na naročila, „ki niso izključena“.

56. Zakonodajalec vsake države članice lahko zapolni to praznino, vendar ni dolžan določiti pravil, ki niso bila sprejeta niti v sekundarnem pravu Skupnosti. Tako je treba spomniti, da je v skladu s členom 249 ES „direktiva [...] za vsako državo članico, na katero je naslovljena, zavezujoča glede cilja, ki ga je treba doseči, vendar prepušča nacionalnim organom izbiro oblike in metod“, kar pomeni, da mora prenos zajemati celotno direktivo in vendar samo direktivo.

57. Zato v sedanjem stanju prava Skupnosti niti cilj, niti vsebina, niti polni učinek direktiv o javnih naročilih ne zahtevajo, da so načela, po katerih se zgledujejo, izrecno navedena v pravnih redih držav članic pri javnih naročilih, ki so izključena s področja uporabe navedenih direktiv.

## 2. Sklicevanje na Pogodbo

58. Sodišče je v sodbi z dne 5. decembra 1989 v zadevi Komisija proti Italiji<sup>41</sup> odločilo, da sta člena 43 ES in 49 ES poseben izraz načela enakega obravnavanja (točka 8), ki

41 – C-3/88, Recueil, str. 4035.

v skladu s sodbo z dne 25. aprila 1996 v zadevi Komisija proti Belgiji<sup>42</sup> pomeni, da morajo vsi ponudniki pri pripravi pobud imeti enake možnosti ne glede na državljanstvo (točki 33 in 54).

59. Objavljanje razpisov za naročila je torej ključni element pri uporabi načel Pogodbe, ki vseeno ne vsebuje nobene navedbe o načinu sestavljanja obvestil o razpisu. V zvezi s tem je sodna praksa pustila proste roke, čeprav je naložila nekatera minimalna pravila. Tako je Sodišče, med že navedenimi sodbami, v sodbi z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen navedeno, da je „[j] avni organ, ki podeljuje koncesije, [...] tisti, ki pod nadzorom pristojnih sodišč presodi, ali načini javnega razpisa ustrezajo posebnim značilnostim zadevnih koncesij za storitve javnih služb“; vendar da neizvedba vsakršnega postopka ni v skladu s pravili, ki se uporabljajo (točka 50, ki navaja točki 61 in 62 sodbe Telaustria in Telefonadress)<sup>43</sup>, kar se lahko prenese na vse vrste javnih naročil.

60. Sodišče je v zgoraj navedeni sodbi Coname vztrajalo pri zgoraj navedenih

vidikih, ko je preučilo neposredno dodelitev s strani italijanske lokalne skupnosti naročila za storitve vzdrževanja, upravljanja in nadziranja naprav za distribucijo metana. Ker gre za naročilo, ki je izključeno s področja uporabe direktiv, se je sklicevalo na primarno pravo (točka 16) in ugotovilo, da bi nespoštovanje preglednosti povzročilo posredno diskriminacijo, ki je v nasprotju s členoma 43 ES in 49 ES (točke od 17 do 19) ter bi jo lahko upravičile „posebne okoliščine, kot je zelo zmanjšan gospodarski interes“, zaradi katerih bi lahko razumno zatrčili, da podjetij iz drugih držav članic ne bi zanimala obravnavana koncesija in da „bi bilo učinke na zadevne temeljne svoboščine zato treba šteti kot premalo gotove in zelo posredne, da bi lahko sklepali o njihovi morebitni kršitvi“ (točka 20).

61. Generalna pravobranilka Stix-Hackl je s širšega vidika v sklepnih predlogih v zadevi Coname izrazila dvom, ali temeljne svoboščine zahtevajo enotna pravila za vse oddaje naročil (točka 70), in predlagala poenostavljeno ureditev, ki bi opredelila kategorije javnih naročil na podlagi njihove pomembnosti za notranji trg (točka 75 in naslednje).

62. Na podlagi zgornjih ugotovitev lahko sklepam, da se načeli preglednosti in enakega obravnavanja, izraženi v Pogodbi, uporabljata v vseh okoliščinah, ne da bi to morali

42 – C-87/94, Recueil, str. I-2043.

43 – Generalni pravobranilec Fennelly je v točki 43 sklepnih predlogov v tej zadevi pojasnil, da „stvarno spoštovanje načela prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva zahteva, da dodelitev koncesije upošteva minimalno stopnjo oglaševanja in preglednosti“, čeprav to po njegovem mnenju ne pomeni, da „naročnik po analogiji uporablja [upoštevne] določbe direktiv“.

določati predpisi sekundarnega ali nacionalnega prava<sup>44</sup>, in da mora v sedanjem stanju prava stopnjo oglaševanja ponudb določiti vsaka država članica, za kar veljajo določene omejitve.

postopka s povabilom k oddaji ponudb (točka 21).

## D – Rezultat

63. Glede na zgornjo razlago menim, da niti direktive niti Pogodba državam članicam glede izključenih naročil ne nalagajo, da izrecno predvidijo splošne določbe v zvezi z uporabo načel preglednosti, enakega obravnavanja in oglaševanja, ki jih zahteva svobodna konkurenca. Država članica, ki bi sprejela taka pravila, bi to storila po svoji volji in ne da bi ravnala v skladu z obveznostjo, ki izhaja iz njenega članstva Uniji.

65. Vsekakor je še naprej mogoče nadzorovati skladnost individualnih aktov s temi načeli, kot je Sodišče storilo, na primer, v zgoraj navedenih sodbah *Parking Brixen* in *Coname*<sup>45</sup>.

## VII – Preučitev razlogov, navedenih v podporo tožbi

### A – Uvodna opomba

64. Drugačna rešitev bi povzročila velike praktične težave, ki jih generalna pravobranilka Stix-Hackl navaja v sklepnih predlogih v zadevi *Coname*, kot so izbira načina objave ali minimalna vsebina obvestila o razpisu (točki 96 in 97), saj direktive razlikujejo med vrednostmi storitev. Taka rešitev bi se tudi oddaljila od sodne prakse Sodišča, ki je v sodbi *Coname* dopustilo nekatere primere neposredne dodelitve naročil brez izvedbe

66. Na začetku teh sklepnih predlogov sem navedel, da Komisija Italijanski republiki očita, da ni izpolnila obveznosti na področju javnih naročil, ko je predvsem na dva načina izključila nekatere oddaje naročil s področja uporabe pravil in načel zakonodaje Skupnosti: prvič, ko je vrednost dodatnih del postavila kot edino merilo, s katerim je

<sup>44</sup> – Vendar je italijanski zakonodajalec ob reformi leta 2005, na katero se bom skliceval v nadaljevanju, vztrajal pri teh načelih.

<sup>45</sup> – Glej tudi zadeve C-507/03, C-532/03 in C-195/04, ki potekajo pred Sodiščem in so opisane v opombi 36.

mogoče določiti pravno ureditev mešanih naročil, in drugič, ko ni navedla, da je treba, če pravovi iz direktiv niso doseženi, spoštovati načeli preglednosti in enakega obravnavanja, ki izhajata iz členov 43 ES in 49 ES.

69. Posledično se je treba v tej zadevi omejiti na zakonodajo, ki je veljala ob izteku dvome-sečnega roka, določenega v obrazloženem mnenju z dne 15. oktobra 2003, in ne upoštevati poznejših sprememb.

67. Čeprav tožena vlada zanika, da so določbe njenega pravnega reda o izvedbi građenj s strani posameznikov, ki se odbijejo od urbanističnega davka, v nasprotju s pravom Skupnosti, dodaja, da so bile druge neskladnosti, ki jih je ugotovila tožeča stranka, odpravljene s spremembami, ki izhajajo iz zakona št. 62/2005 z dne 18. aprila 2005<sup>46</sup>.

68. Zadostuje, da tu opozorim, da je treba na podlagi sodne prakse obstoj neizpolnitve obveznosti presoati glede na položaj v državi članici, kot je obstajal ob izteku roka, določenega v obrazloženem mnenju, in da Sodišče ne sme upoštevati pozneje sprejetih sprememb.<sup>47</sup>

46 – Zakon, ki vsebuje nekatere določbe za izpolnitev obveznosti, ki izhajajo iz članstva Italije Evropskim skupnostim – zakon Skupnosti iz leta 2004 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2004, redni dodatek h GURI št. 96 z dne 27. aprila 2005).

47 – Sodbe z dne 27. novembra 1990 v zadevi Komisija proti Grčiji (C-200/88, Recueil, str. I-4299, točka 13); z dne 2. maja 1996 v zadevi Komisija proti Belgiji (C-133/94, Recueil, str. I-2323, točka 17); z dne 30. januarja 2002 v zadevi Komisija proti Grčiji (C-103/00, Recueil, str. I-1147, točka 23) in z dne 13. marca 2003 v zadevi Komisija proti Španiji (C-333/01, Recueil, str. I-2623, točka 8).

## B – *Opredelitev mešanih naročil*

70. Mešana naročila građenj, blaga in storitev ter naročila blaga in naročila storitev, ki vključujejo dodatna dela, morajo spoštovati italijansko zakonodajo o prenosu, če ta dela predstavljajo več kot 50 % cene (člen 2(1) zakona št. 109/94 in enako člen 3(3) uredbe-zakona št. 157/95). Finančna ocena enega elementa te vrste pogodb je torej izključno merilo za uporabo zakona.

71. Komisija, ki se opira na zgoraj navedeno sodbo Gestión Hotelera Internacional, trdi, da mora biti pravna ureditev, ki se uporablja, odvisna od glavnega predmeta naročila, ki ga poleg drugih dejavnikov in ne izključno opredeljuje vrednost storitev, saj bi sicer izključili mešana naročila, katerih ocenjena vrednost je višja od pragov iz direktiv 92/50 in 93/36,

vendar nižja od pragov iz Direktive 93/37, samo zato, ker dela, čeprav dodatna, predstavljajo večji del cene.

72. Tožena vlada se sklicuje na okrožnico Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (ministrstvo za infrastrukture in promet)<sup>48</sup> in reformo zakona št. 109/94, katerih namen je, da se vrednost dodatnih del v mešanih naročilih ne bi upoštevala, tako da bi bil pomen ekonomskega vidika sicer še vedno prevladujoč, vendar ne več edini, pri določitvi zakonodaje, ki bi jo bilo treba uporabiti.

73. Zaradi zgoraj navedenih razlogov menim, da ni treba upoštevati zadevnih sprememb; še več, kot se zatrjuje v repliki, okrožnica ne more razveljaviti zakonske določbe in ne more zadostovati za izpodbijanje kršitve, ker po mnenju Sodišča „upravna praksa, ki jo lahko pristojni organi spreminjajo po svoji volji in s katero javnost ni ustrezno seznanjena, ne more pomeniti ustreznega izpolnjevanja obveznosti v skladu s Pogodbo ES“.<sup>49</sup>

74. Ob upoštevanju teh pojasnil se zdi očitno, da direktive preprečujejo, da bi bila vrednost gradnje v vseh okoliščinah merilo, ki bi določalo pravno ureditev mešanih naročil, saj v tem primeru za naročila, katerih glavni predmet so storitve ali blago, zaradi nižje vrednosti glavnih obveznosti ne bi veljala pravila Skupnosti.

75. Direktive se sklicujejo na predmet pogodbe, ne da bi ga zamenjevale z vzrokom ali s storitvami, ki jih vključuje<sup>50</sup>, čeprav ga te opredeljujejo, in če je predmetov več, te razvrščajo glede na vrednost storitev, ker direktive omejujejo svoje področje uporabe s finančnimi pravili, ki jih je lahko opredeliti.

76. Razlage ni mogoče spremeniti niti ni mogoče, kot pri italijanskih določbah, dati prednosti finančnemu vidiku dodatnih storitev; posledično je treba neizpolnitev obveznosti šteti za utemeljeno v delu, ki se nanaša na to vprašanje.

48 – Okrožnica št. B1/2316 z dne 18. decembra 2003, GURI št. 79 z dne 3. aprila 2004.

49 – Sodbe z dne 24. marca 1994 v zadevi Komisija proti Belgiji (C-80/92, Recueil, str. I-1019, točka 20); z dne 26. oktobra 1995 v zadevi Komisija proti Luksemburgu (C-151/94, Recueil, str. I-3685, točka 18); z dne 17. maja 2001 v zadevi Komisija proti Italiji (C-159/99, Recueil, str. I-4007, točka 32); z dne 17. januarja 2002 v zadevi Komisija proti Irski (C-394/00, Recueil, str. I-581, točka 11); z dne 27. februarja 2003 v zadevi Komisija proti Belgiji (C-415/01, Recueil, str. I-2081, točka 21) in z dne 20. novembra 2003 v zadevi Komisija proti Franciji (C-296/01, Recueil, str. I-13909, točka 54).

50 – Generalni pravobranilec Lenz je v točki 37 sklepnih predlogov v zadevi Gestión Hotelera Internacional poudaril, da glavna in neprenosljiva obveznost ni glavni predmet naročila.

C – *Urbanistična dela*

77. Gradenj, ki jih izvajajo posamezniki: a) od katerih se odbijejo prispevki, povezani z dovoljenji za izvajanje gradbenih dejavnosti; b) pri izpolnjevanju določenih zakonskih obveznosti in c) podobnih gradnjam iz prejšnjih dveh skupin; ne ureja zakon št. 109/94, vendar če vrednost del, ki se obravnavajo individualno, presega pragove Skupnosti, se ta dodelijo v skladu z Direktivo 93/37 (člen 2(5) zakona št. 109/94).

78. Komisija na eni strani trdi, da te določbe v povezavi z zakonom št. 1150/42 in zakonom št. 10/77 dopuščajo neposredno dodelitev gradnje in del imetniku gradbenega dovoljenja ali načrta razdelitve zemljišča, ne da bi zagotavljale uporabo načel preglednosti in enakega obravnavanja, določenih s Pogodbo, ki jih je treba spoštovati, čeprav je ocenjena vrednost nižja od pragov Skupnosti. Na drugi strani meni, da je treba za ugotovitev, ali je prag dosežen, oceniti vsa dela, predvidena z naročilom, in ne samo nekatera od teh del.

79. Italijanska vlada odločno zanika zatrdjevano neizpolnitev obveznosti. Prvič, sklicuje se na okrožnico ministrstva za infrastrukturo

in promet<sup>51</sup> ter okrožnico Dipartimento per le Politiche Comunitarie (oddelek za politike Skupnosti na tem ministrstvu)<sup>52</sup>, v katerih so natančneje navedena pravila, sprejeta za prenos določb Skupnosti. Drugič, misel, da se je treba v fazi prenosa sklicevati na vsako določbo Pogodbe in sodno prakso Sodišča, se ji zdi pretirana. Tretjič, poudarja posebnost dejavnosti gradbenega investitorja, ki nadomešča lokalne skupnosti na urbanističnem področju. In končno, nasprotuje razlagi Komisije sodbe z dne 12. julija 2001 v zadevi Ordine degli Architetti in drugi<sup>53</sup>, saj meni, da Sodišče ni preučilo različnih del, ki jih izvajajo posamezniki kot pooblašenci uprave.

1. Načeli preglednosti in enakega obravnavanja

80. Glede na zgornje ugotovitve zadevni državi članici ni mogoče očitati, da v zapisanih nacionalnih predpisih ne obstaja

51 – Okrožnica št. 462 z dne 18. decembra 2001, Sentenza della Corte di giustizia europea (Sesta Sezione) 12 luglio 2001 (c-n. 399/98) sulla realizzazione diretta da parte di un privato di opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di concessione dovuto. Appalto di lavori pubblici, ai sensi della direttiva 93/37. Indirizzi e chiarimenti operativi, GURI št. 300 z dne 28. decembra 2001.

52 – Okrožnica št. 8756 z dne 6. junija 2002, Normativa applicabile agli appalti pubblici „sottosoglia“, GURI št. 178 z dne 31. julija 2002.

53 – C-399/98, Recueil, str. I-5409.

splošna omemba obveznosti spoštovanja načel preglednosti in enakega obravnavanja; ob upoštevanju njihove prilagodljivosti je ugotovitev njihove kršitve odvisna od okoliščin vsake oddaje naročila.

81. Iz tega sledi, da Italijanska republika ni storila zatrjevane neizpolnitve obveznosti.

## 2. Področje uporabe italijanske zakonodaje

82. Drugi očitek, izražen v tožbi v zvezi z dodeljevanjem naročil za dela imetniku gradbenega dovoljenja ali načrta razdelitve zemljišča, zadeva dejstvo, da se postopki javnega razpisa uporabljajo samo, če se dogovor med upravo in posameznikom nanaša na dela, katerih ocenjene vrednosti, ki se obravnavajo individualno, presegajo pragove Skupnosti.

83. Po mnenju Komisije naj bi bilo to pravilo v nasprotju z Direktivo 93/37, saj je njegova posledica izključitev naročil, katerih skupna vrednost je višja od pragov, ker vrednosti vsake od storitev, ki jih vključujejo naročila, niso zadostne.

84. Kot sem navedel zgoraj, italijanska vlada poudarja posebnosti urbanističnega sektorja in značilnosti zadevnega sistema oddaje naročil, vendar pozablja, da je treba navedeni sistem preučiti z vidika direktiv o javnih naročilih. Če poudarimo enega od pravnih vidikov – nacionalno raven – in zanemarimo drugo – raven Skupnosti –, je položaj izkrivljen. Poleg tega sem že poudaril, da v skladu s sodbo Ordine degli Architetti in drugi posebnosti urbanističnega področja ne zadostujejo za izključitev uporabe direktiv (točka 66).

85. V členu 1 Direktive 93/37 je navedeno, kaj je treba razumeti pod izrazoma „javna naročila gradenj“ [(a)]<sup>54</sup> in „gradnja“ [(c)]<sup>55</sup>. Člen 6(3) obravnava primer gradnje, razdeljene na več sklopov, od katerih je vsak sklop predmet naročila, v členu 6(4) pa je določeno, da se nobena gradnja ali naročilo ne sme razdeliti, da bi se izognili uporabi te direktive<sup>56</sup>.

54 – Gre za „odplačne in pisno sklenjene pogodbe med izvajalcem in naročnikom, kakor je opredeljen v (b), katerih predmet je izvedba ali oboje – izvedba in projektiranje gradenj, povezanih z eno od dejavnosti iz Priloge II, ali gradnja, opredeljena v (c) spodaj, ali izvedba neke gradnje, ne glede na način, ki ustreza zahtevam naročnika“.

55 – „[Z]aključen[a] visok[a] ali nizk[a] gradnj[a], gradnj[a] kot celot[a], ki je samozadostna, da izpolnjuje svojo gospodarsko in tehnično funkcijo“.

56 – Podobne določbe so navedene v členu 7 te direktive, členu 5 Direktive 93/36, členu 14 Direktive 93/38 in členu 9 Direktive 2004/18, naslovljenem „Metode za izračun ocenjene vrednosti javnih naročil, okvirnih sporazumov in dinamičnih nabavnih sistemov“.

86. Tako razpolagamo s pojmi in pravili, ki jih je treba pojasniti z vidika prava Skupnosti<sup>57</sup>, v okvir katerega je treba postaviti zgoraj navedeno sodbo Ordine degli Architetti in drugi, po kateri se mora za „neposredno izvedbo urbanističnih del s strani imetnika gradbenega dovoljenja ali odobrenega načrta razdelitve zemljišča, ki se v celoti ali deloma odbijejo od prispevka, dolgovanega iz naslova dodelitve dovoljenja“, uporabljati Direktiva 93/37, „če je vrednost tega dela enaka ali presega prag“, določen z Direktivo.

88. Poleg tega Direktiva 93/37 natančno določa pojem „gradnja“, katerega obstoj je treba v skladu s sodbo z dne 5. oktobra 2000 v zadevi Komisija proti Franciji<sup>61</sup> presoati z vidika gospodarske in tehnične funkcije izida zadevnih del (točka 36). Skupna vrednost, ki se po potrebi dobi s seštevanjem sklopov, določa pravno ureditev, ki se uporablja, ne da bi, kot sem navedel zgoraj, posebnosti urbanističnega sektorja lahko služile kot objektivni izgovor, s katerim bi upravičili razdelitev naročila.

87. Vendar je treba to trditev popraviti, ker javne gradnje, ki vključujejo urbanistična dela, neposredno izvede uprava ali tudi tretja oseba na podlagi zakona ali konvencije, v tem primeru obstaja pogodba, ki jo urejajo predpisi Skupnosti<sup>58</sup>, in ker za lastnika, ki deluje kot *alter ego* uprave<sup>59</sup>, veljajo iste zahteve o oglaševanju in konkurenci<sup>60</sup>.

89. Zgornji premisleki dokazujejo, da morajo tudi urbanistične dejavnosti, ki jih pokriva Direktiva 93/37, spoštovati tudi pravila, ki jih ta direktiva določa za izračun vrednosti naročil, in da je treba zavrniti določbe, ki kot določbe člena 2(5) zakona št. 109/94 škodijo tem pravilom, ker določajo enotno splošno merilo, katerega škodljiva posledica je izogibanje predpisom Skupnosti in preprečevanje iz objektivnih razlogov, povezanih z vrednostjo storitev, da bi podjetja iz drugih

57 – Huelin Martínez de Velasco, J., „Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la sentencia Scala 2001“, *Cuadernos de Derecho local*, št. 4, 2004, str. 19 in naslednje.

58 – Generalni pravobranilec Léger je v sklepnih predlogih v zadevi Ordine degli Architetti in drugi upravičeno navedel, da bistveni element pogodbenega razmerja manjka, kadar je „izvajalec, ki mora izvesti urbanistična dela, enostavno določen z zakonom“ (točka 68).

59 – Fernández Rodríguez, T. R., „La sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto ‚proyecto Scala 200‘) y su impacto en el ordenamiento urbanístico español“, *Documentación Administrativa*, št. 261 in 262, september 2001–april 2002, str. 23.

60 – Huelin Martínez de Velasco, J., *op. cit.*, str. 28.

61 – C-16/98, Recueil, str. I-8315. Čeprav je Sodišče v tej sodbi preučilo Direktivo 93/38, lahko ugotovitve o podobnih določbah razširimo na Direktivo 93/37.

držav članic predložila ponudbe v postopkih oddaje naročil, ki jih zanimajo.<sup>62</sup>

90. Zgoraj navedena določba italijanskega zakona je torej v nasprotju z Direktivo 93/37.

*D – Dodelitev nalog projektiranja, vodenja in nadziranja gradnje pri naročilih, katerih vrednost je nižja od pragov Skupnosti*

91. Zakon št. 109/94 dopušča, da se pri naročilih, katerih ocenjena vrednost je nižja od pragov iz direktiv, projektiranje in vodenje gradnje ter nadziranje njene izvedbe dodelijo osebam, ki uživajo zaupanje naročnika (člena 17(12) in 30(6a)).

<sup>62</sup> – V opombi 61 navedena sodba Komisija proti Franciji, glej predvsem točke od 38 do 47. Generalni pravobranilec Jacobs je v sklepnih predlogih, ki jih je predstavil pri tej zadevi, trdil, da je treba številne operacije, ki jih je treba izvesti v določenem obdobju na vseh omrežjih z isto gospodarsko in tehnično funkcijo, obravnavati, kot da so namenjene izpolnitvi iste gospodarske in tehnične funkcije (točka 72); to trditev lahko razširimo na urbanistične dejavnosti, prav tako tudi ugotovitev iz sodbe z dne 14. septembra 2004 v zadevi Komisija proti Italiji (C-385/02, ZOdl., str. I-8121), da „gola trditev, da je celota del zahtevna in težavna, ne zadošča za dokaz za to, da jo je treba zaupati le enemu podjetju“ (točka 21).

92. Komisija trdi, da je treba tudi zunaj področja uporabe evropskih pravil preveriti spoštovanje načel prepovedi diskriminacije, enakega obravnavanja, sorazmernosti in preglednosti, katerih kršitev je ugotovljena, kadar se naročilo odda brez kakršne koli objave razpisa, kršitev pa ne more odpraviti dejstvo, da je naročnik preveril izkušnje in poklicno usposobljenost izbrane osebe in utemeljil izbiro.

93. Tožena vlada navaja reformo zakona št. 109/94, ki dodaja sklicevanje na navedena načela, in povzema zgoraj predstavljeno trditev o neobstoju racionalnosti navedb, ki jih zahteva tožeča stranka.

94. Ker razprava temelji na podobnih trditvah kot razprava o členu 2(5) zakona št. 109/94, jo je treba na podlagi izkušenj rešiti enako, torej s sklepanjem, da sedaj pravni red Skupnosti ne zahteva, da je obveznost, da za izključena naročila veljajo zgoraj navedena načela, predmet posebne pisne omembe, kar zadeva dodelitev zadevnih nalog, ne da bi to vplivalo na možnost preučitve vsakega postopka in izpodbijanja njegove skladnosti s temi načeli pred nacionalnimi sodišči ali sodiščem Skupnosti.

95. Posledično menim, da člena 17(12) in 30(6a) zakona št. 109/94 ne kršita prava Skupnosti ter da zatrjevana neizpolnitev obveznosti ni ugotovljena.

nila zakon št. 109/94 s tem, da je določila več previdnostnih ukrepov pri dodeljevanju nalog vodenja s strani naročnika projektantu, kar mora biti predvideno v obvestilu o oddaji naročila, in katerega ocenjeno vrednost je treba upoštevati.

#### *E – Dodelitev naloge vodenja gradnje*

96. Vodenje gradnje je naloga naročnika, vendar se lahko, kadar je niti naročnik niti druge javne upravne ne morejo opravljati, dodeli projektantu (člen 27(2) zakona št. 109/94).

99. Za učinek načel preglednosti in enakega obravnavanja na naročila, katerih vrednost je nižja od pragov, ki se uporabljajo, veljajo enaki premisleki, kot sem jih že predstavil, saj izhaja iz istih elementov. V zvezi s tem neizpolnitev obveznosti, ki jo navaja Komisija, ni dokazana.

97. Komisija graja splošni značaj pravila in trdi, da krši direktivi 92/50 in 93/38, po katerih je treba naloge vodenja dodeliti ob spoštovanju načel oglaševanja in konkurence, če so pragovi Skupnosti preseženi, ker tako določajo predpisi, in tudi če ti pragovi niso doseženi, zaradi vpliva načel Pogodbe.

98. Italijanska vlada poudarja težave, ki se jim njen sistem poskuša izogniti, vendar dodaja, da je v odgovor na ugovore spreme-

100. Javna naročila, ki so zaradi svoje vrednosti podvržena postopkom javnega razpisa, zahtevajo drugačno rešitev ob upoštevanju jasnosti pravil Skupnosti. V takih primerih je treba strogo upoštevati vse določbe, čeprav je morda pripravno opustiti postopke, saj člen 11(1) Direktive 92/50 in člen 4(1) Direktive 93/38 nista dvoumna, ker za oddajo naročil določata postopke – odprte, omejene in s pogajanjem –, ki jih

opredeljujeta<sup>63</sup>, tako da so na podlagi sodne prakse dopustne samo predvidene izjeme<sup>64</sup>.

101. Dejavnosti vodenja gradnje spadajo v kategorijo 12 v Prilogi I A k Direktivi 92/50 in Prilogi XVI A k Direktivi 93/38; iz tega izhaja, da morajo biti dodeljene v skladu s pravili, določenimi v teh direktivah.

102. Glede na zgornje ugotovitve ni nobene dvoma, da člen 27(2) zakona št. 109/94 krši direktivi 92/50 in 93/38.

#### F – Dodelitev nalog nadzora

103. Za naloge nadzora so odgovorni tehnični oddelki naročnikov, vendar če vodja postopka ugotovi in potrdi pomanjkanje osebja (člen 28(4) zakona št. 109/94), se te naloge dodelijo tretjim osebam, navedenim na seznamih javnih organov (člen 188 uredbe predsednika Republike št. 554/99).

104. Komisija, ki vztraja pri trditvi, predstavljeni v delu VII E teh sklepnih predlogov, trdi, da je treba uporabiti postopke, določene z direktivama 92/50 in 93/38, če ocenjena vrednost naročila presega upoštevne pragove, in da se nad temi omejitvami uporabljajo načela Pogodbe.

105. Italijanska vlada navaja, da bo razveljavila uredbene določbe (v tem primeru odstavke od 8 do 11 člena 188 uredbe predsednika Republike št. 554/99)<sup>65</sup>.

106. Če ne upoštevamo te izjave o dobrih namenih v prihodnosti, je treba ta očitek rešiti enako kot prejšnjega, saj ga ni mogoče grajati z vidika členov 43 ES in 49 ES; še več, naloge nadzora, ki spadajo v kategorijo 12 v Prilogi I A k Direktivi 92/50 in Prilogi XVI A k Direktivi 93/38, je treba dodeliti v skladu z direktivama.

107. Glede na zgornje ugotovitve je treba sklepati, da člen 28(4) zakona št. 109/94 v povezavi s členom 188 uredbe predsednika

63 – Prav tako tudi člena 6(1) Direktive 93/36 in 7(1) Direktive 93/37.

64 – Glej sodbo z dne 17. novembra 1993 v zadevi Komisija proti Španiji (C-71/92, Recueil, str. I-5923, točka 10) in zgoraj navedeni sodbi Teckal, točka 43, ter Carbotermo in Consorzio Alisei, točka 45.

65 – Tožena vlada je v dupliki navedla, da je Corte costituzionale v sodbi št. 302/03 (točka 5.1) razglasilo, da so odstavki od 8 do 10 navedenega odloka v nasprotju z ustavo.

Republike št. 554/99 krši direktivi 92/50 in 93/38.

*G – Gradnje, ki se financirajo z zasebnimi sredstvi*

108. Uprave dovoljujejo, da lahko tretje osebe izvajajo javne gradnje, ki se lahko gospodarsko izkoriščajo. V prvi fazi z obvestilom pozovejo posameznike, naj kot promotorji predložijo predloge za dodelitev koncesij, v okviru katerih stroške v celoti ali deloma plačajo promotorji, ki se v zameno zavežejo, da bodo zagotavljali upravljanje. Po ocenitvi predloženih predlogov se predlogi, za katere se šteje, da so v javnem interesu, izberejo v drugi fazi, v kateri se za vsak izbran predlog začne omejeni postopek, da bi dobili še dve ponudbi. Ti se uporabita kot referenci za pogajanja, ki se morajo končati z izbiro promotorja, ki lahko svojo ponudbo prilagodi zahtevam naročnika (členi 37a, 37b in 37c zakona št. 109/94).

109. Komisija na eni strani meni, da je opisani sistem v nasprotju z načelom enakega

obravnavanja, saj podeljuje promotorju dve ugodnosti v primerjavi z drugimi konkurenti, čeprav bi bila njegova začetna ponudba manj ustrežna, ker je samodejno vključen v postopek in ima prednost pri izbiri. Kršitev ne bi bila ugotovljena, če bi vsi udeleženci poznali te ugodnosti in merila ocenjevanja, vendar te točke ne smejo biti navedene v prvotnem obvestilu; na drugi strani, ker je obvestilo o razpisu obvezno šele od 18. avgusta 2002, ko je začel veljati zakon št. 166/2002, so postopki, ki so privedli do odločitev, v nasprotju s splošnimi načeli prava Skupnosti.

110. Po mnenju tožene vlade sta bila ta očitka odpravljena z reformo zakona št. 109/94, ki v obvestilo o razpisu uvaja omembo ugodnosti promotorja in napotuje na uredbeno določbo, ki ureja postopke, ki so potekali 31. januarja 2004 in niso vsebovali te omembe.

111. Čeprav s trditvami italijanske vlade ni mogoče zavrnil trditev, navedenih v tožbi, mora Komisija dokazati obstoj zatrjevane neizpolnitve obveznosti, ne da bi se smela opreti na kakršno koli domnevo<sup>66</sup>, čeprav mora država članica, kadar so predstavljeni

<sup>66</sup> – Sodbe z dne 25. maja 1982 v zadevi Komisija proti Nizozemski (96/81, Recueil, str. 1791, točka 6); z dne 12. septembra 2000 v zadevi Komisija proti Nizozemski (C-408/97, Recueil, str. I-6417, točka 15) in z dne 26. aprila 2005 v zadevi Komisija proti Irski (C-494/01, ZÖdl., str. I-3331, točka 41).

zadostni elementi, te vsebinsko in podrobno izpodbijati<sup>67</sup>.

114. Ob upoštevanju ugotovitev, predstavljenih v prejšnjih točkah, je treba sklepati, da člena 37b in 37c(1) zakona št. 109/94 kršita načelo enakega obravnavanja, ki izhaja iz členov 43 ES in 49 ES.

112. Zdi se, da sta oba očitka načeloma utemeljena. Prvi zato, ker glede na pojasnila Komisije nacionalna zakonodaja pobudniku gradnje podeljuje ugodnosti, ki jih druge zainteresirane stranke ne poznajo in jim ne morejo nasprotovati; Sodišče je imelo priložnost v zgoraj navedeni sodbi z dne 25. aprila 1996 v zadevi Komisija proti Belgiji odločiti, da kadar naročnik upošteva spremembo prvotnih ponudb samo enega ponudnika, ima ta prednost pred drugimi konkurenti, kar krši načelo enakega obravnavanja in škodi preglednosti postopka (točka 56). Komisija poleg tega navaja primer nekaterih obvestil, ki ne omenjajo zadevnih ugodnosti niti objektivnih meril izbire.<sup>68</sup>

#### H – *Posledice*

115. Iz zgornjih ugotovitev izhaja, da:

– je člen 2(1) zakona št. 109/94 v nasprotju z direktivami 92/50, 93/36, 93/37 in 93/38;

– člen 2(5) zakona št. 109/94 v povezavi z zakonoma št. 1150/1942 in 10/1977 krši Direktivo 93/37;

113. Drugi očitek je utemeljen, ker so bile pomanjkljivosti kritiziranega položaja odpravljene *a posteriori* in prepozno.

67 – Sodba z dne 9. novembra 1999 v zadevi Komisija proti Italiji (C-365/97, Recueil, str. I-7773, točki 84 in 86).

68 – Točka 87 tožbe in opomba 12, ki ponazarja ta položaj.

– člen 27(2) zakona št. 109/94 ni v skladu z direktivama 92/50 in 93/38;

- člen 28(4) zakona št. 109/94 v povezavi s členom 188 uredbe predsednika Republike št. 554/99 krši direktivi 92/50 in 93/38; Sodišče prve stopnje v skladu s členom 69(3), če vsaka stranka uspe samo deloma, odloči, da se stroški delijo ali da vsaka stranka nosi svoje stroške.
- člena 37b in 37c(1) zakona št. 109/94 nista združljiva s členoma 43 ES in 49 ES.

116. Nasprotno pa so členi 2(5), 17(12), 27(2) in 30(6a) zakona št. 109/94 v skladu s členoma 43 ES in 49 ES.

118. Ker sta Komisija in Italijanska republika predlagali, naj se nasprotni stranki naloži plačilo stroškov, in ker predlagam, da se tožbi delno ugotovi, ta država članica nosi polovico stroškov Komisije, ki nosi polovico stroškov nasprotne stranke.

## VIII – Stroški

117. V skladu s členom 69(2) Poslovnika Sodišča se neuspeli stranki naloži plačilo stroškov, če so bili priglašeni. Vendar lahko

119. V skladu s členom 69(4), prvi pododstavek, Poslovnika države članice, ki se kot intervenienti udeležijo postopka, nosijo svoje stroške.

## IX – Predlog

120. Glede na zgornje ugotovitve Sodišču predlagam, naj:

1. ugotovi, da Italijanska republika s tem, da je sprejela člena 37b in 37c(1) zakona št. 109 z dne 11. februarja 1994, ni izpolnila obveznosti iz členov 43 ES in 49 ES;

da ta država članica s tem, da je sprejela člen 2(1) navedenega zakona, ni izpolnila obveznosti iz direktiv Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992, 93/36/EGS, 93/37/EGS in 93/38/EGS, vse tri z dne 14. junija 1993, o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev, blaga in za gradnje ter o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetske, transportnem in telekomunikacijskem sektorju; da Italijanska republika s tem, da je ohranila v veljavi člen 2(5) zakona št. 109/94, ni izpolnila svojih obveznosti iz Direktive 93/37 in da zadevna država članica s tem, da je sprejela člena 27(2) in 28(4) navedenega zakona, ni izpolnila obveznosti iz direktiv 92/50 in 93/38;

2. v preostalem tožbo zavrne;
3. Italijanski republiki naloži plačilo polovice stroškov Komisije;
4. Komisiji naloži plačilo polovice stroškov Italijanske republike;
5. odloči, da Republika Finska in Kraljevina Nizozemska nosita svoje stroške.